



土著问题常设论坛

第九届会议

2010年4月19日至30日，纽约

临时议程* 项目3

讨论年度特别专题：“土著人民：发展与文化和特性：
《联合国土著人民权利宣言》第3条和第32条”关于土著人民海上捕捞权利的报告，并附列澳大利亚和挪威的
案例研究¹

摘要

常设论坛在2009年5月第八届会议上，任命常设论坛成员 Carsten Smith 先生和 Michael Dodson 先生为特别报告员，负责编制一份有关土著人民海上捕捞权利的研究报告，并将报告提交常设论坛2010年4月第九届会议。研究报告中分析了现有的国际框架对土著人民海上捕捞权利可能给予的保护，这些框架包括《联合国土著人民权利宣言》、《公民及政治权利国际公约》第二十七条、《国际劳工组织第169号公约》以及“*Apirana Mahuika* 等人诉新西兰案”。同时载列了有关澳大利亚和挪威的案例研究，其中提到这两个区域的公约与国家（《托雷斯海峡条约》涉及的巴布亚新几内亚；《北欧萨米族人公约》涉及的瑞典和芬兰），以便能在这些国家间进行比较，并与国际法进行对比。

* E/CN.19/2010/1。

¹ 特别报告员 Michael Dodson 谨此感谢澳大利亚国家大学国家土著研究中心研究助理 Jo-Anne Weinman，文件中与澳大利亚有关的部分是在他的大力协助下编制完成的。他还感谢愿意对文件的这部分内容进行审查的同事，包括 Sean Kerins、Robert Blowes 和 Asmi Wood，他们的评论意见使文件内容更为丰富。



目录

	页次
一. 导言	3
二. 国际框架	3
A. 《联合国土著人民权利宣言》	4
B. 《公民权利及政治权利国际公约》第二十七条	4
C. 法律判例——“Apirana Mahuika 等人诉新西兰案”	6
D. 《国际劳工组织第 169 号公约》	8
三. 案例研究：土著居民和托雷斯海峡岛民在澳大利亚近海岸海域的捕捞权利	8
A. 澳大利亚土著居民的海国观点	9
B. 判例——近海土著产权	9
C. 除土著产权以外的近海法定权益	13
D. 《托雷斯海峡条约》	14
四. 案例研究：萨米族人在挪威近海水域的捕捞权	14
A. 挪威的捕捞规定及其对海岸线一带的萨米族人的影响	14
B. 挪威目前的法律和政治状况	17
C. 北欧萨米族人公约(Nordisk Samekonvensjon)	18
五. 结论意见	18

一. 引言

1. 本文的议题是生活在世界各地沿海国的土著人民行使在海上以及毗连海的水域(如湾、江河入海的河口和峡湾)捕捞的权利。主要问题是土著人民是否有权享有优先权,要么是在某些地区享有的专属权利,要么是比如就在海上渔场的捕捞配额决策时得到优先考虑,以及在何种程度上享有这种优先权。还有土著人民参与国家对公共和商业渔船和渔场的管理问题。本文讨论了有关的国际法,并介绍了拥有巨大渔业利益的澳大利亚和挪威的国家法律,最后邀请与国际法标准进行对比。

2. “海”和“捕捞”这两个词可能有字面以外的含义。国家、国家间(区域或条约关系内)和公认的国际规范下的管辖背景和法律文书都影响到其复合的含义,有时甚至是同时兼具的含义。

3. 特别报告员确认围绕着通常用来划分海洋疆界的用语存在概念、实际和法律问题,为此侧重于“海”,他研究了毗连澳大利亚和挪威的沿岸水域和有关的地区(海床、前滩、江河入海的河口、湾、峡湾)。非土著用语在谈到国内和国际情况时均有使用,不过是为了提及对土著的理解和土著的类别,以表示在认识论上的不同或无可比较。

二. 国际框架

4. 近几十年来,国际法在土著人民问题上得到了大力发展。一个主要问题是土著人民对自然资源的权利。对于沿海岸线生活的土著人民来说,捕捞和海洋的其他使用一直是他们的主要生计和文化的实质性基础。国际法中没有专门涉及土著居民在咸水中捕捞的规则或原则。必须从较为一般性的文书中得出沿海一带土著居民的法律地位。有关的两项主要公约为《联合国公民和政治权利国际公约》和《国际劳工组织关于独立国家境内土著和部族民族的第 169 号公约》。本文在一定程度上考虑了这些公约对土著人民在他们生活和传统上发展其沿海土著文化的地区使用自然资源的影响。

5. 数世纪来,海洋的使用,尤其是对湾、江河入海的河口和峡湾的使用,在创建沿海土著人民的各种不同文化方面发挥着至关重要的作用。自《世界人权宣言》发表以来,这些文化随着国际法文书的演变受到保护。土著人民长期以来对沿岸地区的传统使用等历史背景,加上保护土著和少数族裔文化的具有影响力的国际法文书的发展,这些因素合在一起,构成为土著人民权利的基础。

A. 《联合国土著人民权利宣言》

6. 《宣言》包含与土著人民享有自然资源权利有关的若干项条款。首先，第 3 条所列的主要原则指出：

土著人民享有自决权。基于这一权利，他们可自由决定自己的政治地位，自由谋求自身的经济、社会和文化发展。

7. 《宣言》还表明了有关享有自然资源的权利的更为具体的规则。各国应根据第 8 条第(2)款，提供有效机制，以防止“旨在或实际上剥夺他们土地、领土或资源的行动”；第 20 条第(1)款规定，土著人民有权安稳地“享用自己的谋生和发展手段”，有权自由地从事“他们所有传统的和其他经济活动”；第 26 条第(2)款规定土著人民有权拥有、使用、开发和控制“因他们传统上的占有或使用而持有的，以及他们以其他方式获得的土地、领土和资源”。

8. 这项文书不是一项条约，因此没有条约的约束力。但是，联合国通过任何人权文书都有望具有某种法律效力。《宣言》第 42 条为常设论坛规定了一项新的职能：促进对《宣言》各项规定的“充分实施”，并“跟踪检查本《宣言》的实施效果”。

B. 《公民权利及政治权利国际公约》第二十七条

土著人民和少数人群体的权利

9. 该《公约》第二十七条规定，不得剥夺少数族裔同所属群体其他成员一道享有其文化的权利。尽管第二十七条是从反面表述的，但这项条款确实承认存在一项“权利”，而且规定不得剥夺。因此，缔约国有义务确保这样一项权利以及这项权利的行使不受剥夺和违反。²

10. 《联合国土著人民权利宣言》是最普遍、全面和基本的土著人民权利文书，构成为普遍的人权法的一部分。《宣言》的基本权利与主要的人权公约所载权利相同，若干条款与其他具有约束力的人权文书中的条款相同。³ 土著人民可依靠《宣言》和原本为少数族裔拟订的公约中的规定。

11. 人权委员会指出，第二十七条与土著人民之间有着明确的关系。在该条下受保护的个人的权利的各个方面——例如，享有某种文化的权利——可适用于同领土

² 《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 40 号》(A/49/40)，第一卷，附件五，第 23 号一般性意见，第 6 段。

³ 见《经济及社会理事会正式记录，2009 年，补编第 23 号》，附件，第 6-13 段。

及其资源密切相关的生活方式，委员会指出，这“可能对构成为少数族裔的土著居民来说尤其如此。”⁴ 委员会在下面一段话中进一步强调了这种关系：

关于在第二十七条下受保护的文化权利的行使，委员会指出，文化本身以多种形式表现出来，包括与土地资源的使用相关联的生活方式，就土著人民而言尤其如此。⁵

文化的实质性基础

12. 第二十七条是否包含享有自然资源的权利取决于规定中“文化”概念的含义。如果这一概念可被理解包含少数族裔文化的实质性基础，即经济和实物基础，则这项规定将包含资源的使用以及利用土地和水的权利，例如在海中捕捞的权利。人权委员会第 23 号一般评论就持有此类观点，它将受第二十七条保护的权利要求解释为：“这项权利可包括捕捞或狩猎以及在受法律保护保留地生活的权利。”⁶

13. 享有文化的实质性基础的权利与享受特别措施的权利之间有着相互联系。享有文化的实质性基础的权利将意味着承认土著人民相较于其他公民的优先地位。如果是足以维持土著人民文化实质性基础的捕捞权，可能就有必要减少非土著渔民的法定捕捞配额，或也许保留某些地区专供土著居民使用。这一讨论中至关重要的一点是，第二十七条是否包含享受特别措施的权利。

14. 第 23 号一般评论指出，“需要”积极的保护措施，以确保第二十七条规定的权利得到保护。⁷ 此外，委员会在这方面非常明确，它强调应采用积极措施，指出虽然在第二十七条下受保护的权利要求属于个人的权利，但这些权利又取决于少数人群体维护他们文化的能力：

因此，可能也有必要由国家采取积极的措施以保护少数人群体的特性以及其成员并同群体内的其他成员享受和发展自己的文化……的权利。⁸

15. 这种对积极措施的态度在上述有关捕捞和狩猎的意见中得到了进一步强调，委员会在这一意见中又说：

这些权利的享有可能需要采取积极的法律保护措施，并采取确保少数人群体成员有效参与影响到他们的决策的措施。⁹

⁴ 《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 40 号》(A/49/40)，第一卷，附件五，第 23 号一般性意见，第 3.2 段。

⁵ 同上，第 7 段。

⁶ 同上。

⁷ 同上，第 6.1 段。

⁸ 同上，第 6.2 段。

⁹ 同上，第 7 段。

16. 委员会最后指出，保护第二十七条所述权利为缔约国规定了具体义务，而这些权利的保护有可能“转向确保有关少数人群体文化……特性的生存和继续发展，从而丰富整个社会的构造”。¹⁰

C. 法律判例——“Apirana Mahuika 等人诉新西兰案”

17. 对文化的实质性基础和积极措施的这些解释也有法律判例上的支持。在“Lubicon Lake Band 诉加拿大案”（1990年）中，委员会确认

受第二十七条保护的权利，包括保护人们与其他人一起从事作为他们所属社区文化一部分的经济和社会活动的权利。¹¹

18. “Apirana Mahuika 等人诉新西兰案”（2000年）对本文特别具有现实意义，因为该案对涉及土著居民的海上捕捞权利的几个问题非常重要。1840年，毛利人与英国国王签署了《怀唐伊条约》，其中申明了毛利人的权利，包括有权“充分专门地、不受干扰地拥有其土地、森林、渔场和他们可能集体或单独持有的其他财产”。以前未曾试图确定他们的渔场的范围，这种情况一直持续到1980年代，当时内陆渔场遭到过度开发，该国暂停颁发新的许可证，并规定兼职的渔民不得从事这一行业。这项规定产生了未曾料到的效果，将许多毛利渔民赶出了这一商业性行业。由于管理商业性捕捞的努力没有达到所需的目的，1986年，该国实行配额管理制度。1988年，该国开始同毛利人进行谈判，进而在1992年8月达成一项谅解备忘录。毛利人的谈判人员寻求毛利人授权批准备忘录所载的这项交易，谈判人员的报告显示，包含200 000名毛利人的50个部落支持这项解决办法。根据这一报告，新西兰政府和毛利人的代表于1992年9月执行了一项解决契约，共有110个方面签署了这项契约。其后，于当年通过了《怀唐伊条约（渔业索赔）解决法》。提交人宣称，该法使他们的渔业资源遭到没收，剥夺了他们自由确定其政治地位的权利，因此干涉了他们自由谋求经济、社会和文化发展的权利。委员会从一开始就指出了文化的实质性基础原则：

无可置辩的是，提交人是《公约》第二十七条含义内的少数人群体成员；另外无可置辩的是，渔场的使用和控制是其文化的一个必要组成部分。在这种情况下，委员会回顾，经济活动若构成成为一个族裔文化的一个必要组成部分，则可属于第二十七条范围内的活动。¹²

¹⁰ 同上，第9段。

¹¹ 《同上，第四十五届会议，补编第40号》(A/45/40)，第二卷，附件九，A节，第32.2段。

¹² CCPR/C/70/D/547/1993，第9.3段。

19. 这是委员会其他观点的基础和法律起点。委员会指出，不能抽象地确定享有文化的权利，而是要同其他法律原则一样，将其置于一定背景下。在这一案例中，委员会触及我们时代的一个更为一般性的问题，它指出：

具体而言，第二十七条不仅保护少数人群体的传统生计方式，而且允许这些方式变通适应现代的生活方式以及随之而来的技术。就该案例而言，国家通过的法律以各种方式影响到毛利人从事商业性和非商业性捕捞的可能性。问题是这是否构成权利的剥夺。¹³

20. 为了解决这一问题，委员会回顾了它关于第二十七条的一般性评论，即尤其就土著人民的情形而言，对自身文化权利的享有，可能需要缔约国采取积极的法律保护措施，并采取措施，确保少数族裔切实参与影响到他们的决策中。在这一背景下，委员会确认，1992年《怀唐伊条约(渔业赔偿)法》及其机制“限制了提交人享有自身文化的权利”。这是委员会推论的主要结论。第二十七条所述权利受到了限制。这种限制通常等同于违反公约。

21. 不过，少数人群体参与决策进程的机会可能影响到这一决定。委员会在其案例法中

强调影响或干涉少数人群体在文化上较为重要的经济活动的措施是否可以接受，取决于有关的少数族裔成员是否有机会参与关于这些措施的决策进程，取决于他们是否继续得益于他们的传统经济。

…… [关于这一案例的事实，委员会注意到] 缔约国进行了复杂的协商进程，以便取得毛利人对全国性解决办法和捕捞活动管制的广泛支持。已经与毛利人和全国性的毛利人组织进行了协商，他们的提议确实影响到安排的拟订。《解决法》只是在毛利人的代表报告说毛利人较为支持解决办法后才颁布的。对许多毛利人来说，该法是他们的索偿的一种可接受的解决办法。¹⁴

22. 关于这项协议的影响，委员会注意到，在商业性和非商业性捕捞这两方面，毛利人均得到了满意的结果。就商业性捕捞而言，《解决法》的影响是

毛利人当局和条约所确认的传统管制办法由一个实体中新的管制结构所取代，在这个实体中，毛利人不仅分享维护其在捕捞方面的权益，而且也参与有效管制。¹⁵

23. 就非商业性捕捞而言，“英国国王在《怀唐伊条约》下规定的义务以及各项法规是在确认和保障作为习俗的食物采集情况下作出的”。这项决定大力支持如

¹³ 同上，第9.4段。

¹⁴ 同上，第9.5段。

¹⁵ 同上，第9.7段。

下观点，即在捕捞权利构成为少数族裔文化的一个基本组成部分时，《联合国土著人民权利宣言》第二十七条保护这项权利。此外，人权委员会在一般性评论和个别案例中对此条的权威性解释确证了这一条款的意思。

D. 《国际劳工组织第 169 号公约》

24. 该公约涉及独立国家中的土著居民和部落居民，其中载有与土著居民海上捕捞权利有关的若干条款。这些条款首先是程序性条款。劳工组织的理事机构宣布，“协商和参与精神构成为《第 169 号公约》的基石，而其全部条款均基于这一精神”。条款中最重要的、成为“基石”的条款为第 6 条，该条规定政府有义务通过适当程序，与相关的居民协商，以确定这些居民可自由参与的方式，并且确定充分发展这些居民自身的机构和倡议的方式。这些规则为《公约》第 7 条所补充，并且在劳工组织实践中得到了积极适用。

25. 这些条款都是有关协商和参与的一般性条款，而第 15 条第(1)款却与自然资源直接联系在一起。第一句规定了有关居民维护与其土地相关的自然资源的权利。因此，它支持《联合国土著人民权利公约》对文化的实质性基础的保护。第二句直接指向程序性要求：“这些权利包括这些居民参与使用、管理和保护此类资源的权利”。

26. 在拟订公约过程中，曾讨论过有关“土地”的条款是否应适用于海域。结果是有关居民对他们传统上占据的土地拥有和持有权利的具有中心意义的第 14 条应局限于土地(包括内陆河流和湖泊，但不包括咸水海)。另一方面，在第 15 条中，“土地”概念应被理解为具有更广泛的含义，这一概念被表述在第 13 条第(2)款的法律定义中，该条规定：“第 15 条和第 16 条中土地一词的使用应包含领土概念，这涵盖有关居民占据或以其他方式使用的地区的总体环境。”在这一基础上，第 15 条中的规定应包含土著居民使用的近海岸的海区，因此适用于他们的沿海捕捞。最重要的结果将是参与国家对配额管理、在渔业各部门中的船舶大小以及渔具的使用的控制权利。

三. 案例研究：土著居民和托雷斯海峡岛民在澳大利亚近海岸海域的捕捞权利

27. 本节首先简要提到了澳大利亚土著居民的“海国”观念，这一观念最终是澳大利亚土著居民与近海岸水域的关系的来源，而已宣布在澳大利亚法律制度下，这些水域中只有部分才能得到承认。在介绍澳大利亚土著居民与近海岸水域有关的法律权益时，简要说明了某些有关的土著产权原则，并研究了该地区的判例。而在说明关于联邦、州和领土各级政府之间分权情况之后，讨论了对与土著居民近海岸捕捞权利有关的非土著产权法定制度，包括文化遗产和渔业管理法律。还间接提到澳大利亚与巴布亚新几内亚之间的《托雷斯海峡条约》。

A. 澳大利亚土著居民的海国观点

28. 澳大利亚土著居民有着与海以及海中的资源密切联系在一起以自给自足、谋求经济上的维生、维护精神和文化特性的长期历史。这些联系有着考古和人类学证据的有力支持。¹⁶ 土著居民不分陆地景观和海上景观，认为两者都是该国平等的一部分。这与澳大利亚法律制度所反映的世界观相差很大，后者在土著居民的理性认识将土地、河流、江河入海口、海滩、礁石、海、沙洲、海床和相关的动植物看成是地理上的一个统一体的地方划出了疆界。有意义的场所和梦想轨道延伸到涵盖近海岸的水域和动植物，构成为将澳大利亚土著居民与海国联系起来的传统法律习惯体系的一部分。

B. 判例——近海土著产权

29. 土著居民在澳大利亚陆地和水域中的权益在英国宣示主权之前即已存在，而且在宣示后继续存在。1992年，这一点得到高级法院承认。高级法院在“Mabo诉昆士兰案”（第2号）¹⁷（“摩尔岛案”）中承认土著居民的土地权。而“摩尔岛案”本身原本包括近海岸地区，这些地区后来从索偿中删除。

30. 此后，在确定土著产权法律的管制框架方面，一个复杂的法律体制占据了优先地位。不过，联邦法院和高级法院的诉讼对拟订和确立土著产权法律具有极为重要的现实意义，因此对近海的土著产权和利益而言值得研究，原因如下：主要的法规：1993年《土著产权法》(Cth)，该法所主张的权利和利益能在普通法第223(1)(c)条下得到承认；案例法也继续在注释方面提供指导，补充了对一般性法律的注释；最后，有大量有说服力的司法和学术评论意见，将普通法的共同产权概念与土著产权和利益进行了对比。由于这些原因，本节先仅让人们简单地了解《土著产权法》的有关条款，然后再侧重于最近在土著产权下提出近海土著权利问题的一个重大案例，并在必要时偶尔提到土著产权方面的立法。因此，重点为案例法，只有在与判例直接相关时才会研究有关立法。土著产权判例绝大多数揭示了一种趋势，这就是承认土著居民近海捕捞权为非专属的、非商业性利益，但受普通法的公共捕捞权和国际法的无害通过权的限制。

31. 同意的确定是有关土著居民的陆地和水中的合约权利和利益的另一个重要信息来源。正在越来越多地签订这种协议，以替代诉讼，有时甚至在诉讼之后签订，利用有利的判决以对谈判施加影响。但这些问题不在本文的讨论范围。

¹⁶ 考古记录显示，土著人与沿海和海洋资源的联系和对这些资源的依赖可追溯到30 000年之前：G. D. Meyers, M. O' Dell, G. Wright, S. C. Muller, *A Sea Change in Land Rights Law: The Extension of Native Title to Australia's Offshore Areas*, Canberra: AIATSIS, 1996年。

¹⁷ (1992)175 CLR 1。

1993 年《土著产权法》(Cth)

32. 《土著产权法》第 223 条第(2)款具体包括捕捞权,认为这可属于土著产权权益。第 253 条(a)、(b)和(c)款对水域作了界定,包含比如海的近海地区,包括澳大利亚根据《土著产权法》第 6 条在 1973 年《海洋和淹没的土地法》宣示主权的地区。潮流小湾、湾、江河入海的河口、港湾或深层水以及和水床或下面的底土或海岸是所包括的其他水域,潮间带也被视为水域,而不是陆地。虽然《土著产权法》并未将海国主张与对陆地的主张不同对待,第 212 条第(1)款通过第(2)款保护英国国王对自然资源的所有权、对水流的控制和管制、以及公众进出和利用各种近海水域(如海床、岸堤或前滩、沿岸水域和海滩)。

“联邦诉Yarmirr案”¹⁸

33. 澳大利亚迄今的土著产权法并没有承认土著居民对海国的专属或商业性权利。的确,在专门处理土著居民对海国产权的 2001 年“克罗克岛案”之前,并未确定任何形式的土著近海产权;而《土著产权法》规定承认在陆地和水域中的权益,这是裁决该法和普通法都能承认土著的近海产权的第一个成功案例。具有里程碑意义的“克罗克岛案”其后得到确认。

34. 土著产权须尊重联邦和州准予的其他权利,比如说允许在土著产权地区的休闲性和商业性捕捞和船舶运输。土著产权还要服从英国国王有合理理由授予的利益。“克罗克岛案”中还存在分歧的问题是土著产权与普通法中关于在近海水域航行和捕捞的公共权力以及船舶无害通过澳大利亚领海的国际权利等其他各项权利之间的关系。有人对普通法的管辖范围提出质疑(具体而言,在实行英国主权时这是否有过测量),其结果是,法院认为普通法中的公共权利延伸至低潮标以下,但并未延伸到公海(“Yarmirr 案”表明土著产权有可能延至 3 海里以外)。因此,普通法中关于在近海水域航行和捕捞的公共权利(以及无害通过的公共权利)被认为阻碍了土著产权。大多数人推论,受阻的土著产权仅可等同于非专属利益,它们仅能在没有严重的前后不一的情况下存在。法院将土著产权定为非专属性质,因为它认为专属的土著产权与普通法中的其他公共和国际权利(在与土著产权相冲突时必须居于优先地位)如此不相符,以至于土著产权如果没有如此定性,原本就会遭到废除。因此,法院只准予在事实的基础上确立的少数参与具体活动的土著产权权益,法院强调土著产权的非专属性和占有性,将之视为连在一起的若干权益。与大多数人意见相反,Kirby 法官(在高级法院提出异议)和 Merkel 法官(在全联邦法院提出异议)两人都认为,可以允许普通法中关于捕捞和航行的公共权利以及国际无害通过权利的例外的形式,准予控制和使用的剩余专属土著产权。

¹⁸ (2001)184 ALR 113; [2001]HCA 56。其后为“克罗克岛案”。

“Lardil 人诉昆士兰州案”¹⁹

35. 自“克罗克岛案”以来，各个案件继续承认在澳大利亚海岸沿线以及海洋和海床中的土著产权。2004 年“威尔斯利群岛案”就很好地说明了如何以及以何种形式承认对高潮标以下的土著产权。认为具有土著产权的地区位于潮间带和毗连海域，这块地方距离具有主权、有人居住的岛屿海岸 5 海里，距离具有主权、无人居住的其他岛屿 0.5 海里，距离大陆海岸 2.7-5 海里。该案确认“克罗克岛案”中的推论，也承认对所主张的部分地区的非专属、非商业性土著产权，裁定在潮间带和领海水域和被淹没地带控制进出和使用的土著产权的继续存在，如果没有与普通法中的公共和国际法权利发生严重不一致是不可能的。

36. 在实践中，非商业性、非专属的近海土著产权，致使在其海国开展的活动(包括商业性捕捞和石油勘探等重大的自然资源开发)如涉及行使普通法和国际法承认的公共或国际权利，或有法律准予的许可证或当局的支持，则土著产权持有人无法对其施加影响，或对其进行追诉。正如评论人员所指出的那样，从商业的角度来看(暂且不提社会和精神惠益以及可能无法计算的谈判价值)，这使得近海土著产权货币价值很小。因此，损害或废除澳大利亚土著居民的近海土著产权，只需对其作出微乎其微的赔偿。

“Gumana 诉澳大利亚北方领土案”²⁰

37. 2007 年“蓝泥湾案”涉及对陆地和近海水域的权利主张。法院在该案中承认 Yolgnu 人对所主张的潮间带和毗连地区的非专属权利。就潮间带而言，针对受“海的臂膀”(即江河、溪流、江河入海河口)影响的水域的划分提出问题，尤其是如果它们无法航行的话。法院认为，即使在无法航行的水域，也可以在整个潮间带、包括潮水(即受“海的臂膀”影响的水域)中行使普通法中的公共捕捞权。

38. 潮间带和近海土著产权的非商业性和非专属性再次得到确认，法官认为不能承认 Yolgnu 人保护具有宗教、精神或文化意义的场所的权利，他认为这是与普通法中的公共捕捞和航行权相冲突的而且无法解决，他认为保护势必要求排除其他人进入。普通法不能承认土著法律和习惯下传统上为商业目的持有的使用潮间带和近海水域的权利，而且法官认为，这不应作为确定的标的。与“克罗克岛案”和“威尔斯利群岛案”等以前的案例相一致的是，“蓝泥湾案”认为这些地区的

¹⁹ [2004]FCA 298。其后：“威尔斯利群岛案”。

²⁰ [2007]FCAFC 23。其后为：“蓝泥湾土著产权案”。另见 J Selway “蓝泥湾案的裁决”。“Gumana 诉澳大利亚北方领土案”[2005] FCA, 2005 年；以及“Gumana 诉北方领土案”(2005) 141 FCA 457。本案中的一个相关问题在“北方领土诉阿纳姆地的土著土地信托案”上诉时作了听询，并在下文就作为以“1976 年土著土地权(北方领土)法”(Cth)下法定准予形式的非土著产权的土著利益进行了讨论，其后称作“蓝泥湾土地权案”。另见高级法院的裁决——“澳大利亚北方领土诉阿纳姆地的土著土地信托案”(2008) 236 CLR 24。

土著产权也必须服从商业性或休闲性捕捞者的权利或者英国国王以合理理由建立的任何利益。

未编入判例的联邦法院QUD 6040 号案；即所称的“托雷斯海峡区域海洋案”²¹

39. 托雷斯海峡是澳大利亚与巴布亚新几内亚之间的水域，太平洋与印度洋在这里交汇，这个地方有 133 个岛屿、沙湾和裸露的岩石，其中 38 个无人居住。托雷斯海峡水域和群岛面积约 49 000 平方公里。这个地区在土著产权法方面有两个地方很特别：这里是在文化上与大陆土著居民不同的澳大利亚托雷斯海峡岛屿土著居民的家园，而且是一项国际条约、即《托雷斯海峡条约》所涉的对象。²² 土著产权在该地区首先是在“摩尔岛案”中的墨累岛得到承认的，如上文所述，这不涉及近海权利，而是涉及对陆地的权利。不过，此后，在托雷斯海峡所有共同居住的群岛中一直都进行土著产权同意确定。

40. “托雷斯海峡区域海洋案”，所涉面积约为 34 800 平方公里，2008 年开始受理，2009 年 7 月 24 日审理结束，在本文编稿时，正推迟作出裁决。该案涉及巴布亚新几内亚的答辩人，他们宣称他们与托雷斯海峡的居民和地区有着传统联系，其中包括一些人宣称是有着托雷斯海峡血统的传统居民，尽管他们居住在巴布亚新几内亚。地位、管辖权和身份自然是在法院提出的相关问题。并未对全部存在权利主张的地区宣称专属土著产权。鉴于权利主张包含澳大利亚领海以外的地区，考虑到国际海事法尤其具有现实意义。

土著产权作为挡箭牌

41. 按传统法律和惯例来看，土著产权会成为一种极好的辩护借口，让有关人员免于因违反有关不准狩猎和捕捞一些动物(如鳄鱼和鱼)供个人享用的规定而遭受法定处罚。²³

²¹ “第 1 号 Naghir 人诉昆士兰案”[2008]FCA 192(2008 年 2 月 21 日)，土著产权编号 NT QC01/42，联邦法院编号 QUD6040/2001，未编入判例。其后称为：“托雷斯海峡区域海洋案”。

²² 《澳大利亚与巴布亚新几内亚独立国家之间有关两国间地区、包括称作托雷斯海峡的地区的主权和海上疆界以及其他有关事项的条约》[1985] ATS 4，1978 年 12 月 18 日拟订，1985 年 2 月 15 日生效。

²³ 见 Mason 诉 Tritton(1994)32 NSWLR 572 especially Kirby J at 582，关于涉及鲍鱼的案件，见 Dillon 诉 Davies [1998] TASSC (1998 年 5 月 20 日)；Derschaw anors 诉 Sutton，西澳大利亚最高法院，全体法官合议庭，未编入判例，1996 年 8 月 16 日；Underwood 诉 Gayfer [1999] WASCA 56 (1999 年 6 月 15 日)，主因是在休渔期用网进行捕捞；Wilkes 诉 Johnsen [1999] WASCA 74(1999 年 6 月 23 日)，主因是捕捉尺寸太小的小龙虾 (s211 NTA 适用于 1994 年渔业资源管理法)；Yanner 诉 Eaton [1999] HCA 53 (1999 年 10 月 7 日)，事由是违反 1074 年《动物保护法》(Qld)，捉走江河入海口的鳄鱼供个人使用。

C. 除土著产权以外的近海法定权益

42. 澳大利亚渔业生产中的很大一部分供出口，包括价值较高的产品，如龙虾、珍珠、鲍鱼和金枪鱼。有各种法定体制对在《土著产权法》下设立的法律制度作了补充。本文篇幅有限，仅简要介绍有可能影响土著居民在近海水域的捕捞权的这些管理安排。

渔业管理

43. 渔业立法的管辖扩展到海岸外至多 200 海里，在有限的情况下进一步延至公海。澳大利亚联邦《宪法》第 51(x) 条，规定澳大利亚渔业的专门管制权利属于联邦，联邦有权管制从海岸线到国际承认的领海和海床的领水中的一切活动，因为从历史上来讲，殖民地或者州和领土的疆界止于低潮标。²⁴ 尽管如此，在联邦、州与领土之间进行的大量谈判之后，现通过联邦立法以及相应的州和领土立法网络共同负责对渔业的管辖。近海问题的宪政解决办法利用《宪法》第 51(xxxviii) 条，将对低潮标到近海 3 海里范围内的海和海床的管辖权交归州和领土负责，州和领土还保留对 200 海里以内、甚至可能更远的休闲性捕捞的管辖。高级法院目前对第 51(xxix) 条的宽泛解释表明，《宪法》规定的对外事务权力，一般认为联邦法律在低潮标以外运作具有合理性。

文化遗产的保护

44. 虽然从理念上来说，文化遗产与土著产权几乎无法分开，文化遗产还是可以包括比具有重大意义的场所范围更广的观念，因此应遵守不同的立法安排。不过，文化遗产事宜往往与陆地和水中的土著产权、有时甚至与土地权相重叠。经过诉讼的土著产权的确定所产生的权益没有确认牢固的所有权以及与文化遗产的管理和保护有关的土著习惯治理机构。

土地权

45. 在 1992 年确认土著产权以前的几十年，一些专门针对土著的所有权利益因土地权利制度中的法律规定而存在。英国国王授予的这些产权不同于陆地中的土著权益，后者来自普通法对有关土地和水的土著传统法律和惯例。另一方面，“土地权”是指不同条件下的各种法定准予，能因利益遭干涉而获得各种法律补救（在某种情况下，赔偿）。产权通常由一群人共同拥有、而不是由个人持有，通常对产权的转让和交易设有限制。

²⁴ 59. “新南威尔士诉联邦案” (1975) 135 CLR 337，又称作“海洋和淹没的陆地法案”。

46. 高级法院最近就一宗涉及相互竞争的利益的土地区案件作出裁定，出现相互竞争的利益是因为给非土著渔民发放了法定许可证，但这些渔民身处受根据《渔业法》(北方领土)法定准予土著土地限制的土地。²⁵ 法院认为，非土著渔民尽管取得了许可证，但仍然需要土著居民允许才能进入其土地并在土地上从事捕捞，因为土著的法定土地准予构成一项在潮间带水域(海岸线和河口)捕捞的专属权利。这项裁决认为公共捕捞和航行权在准予的土地已被废除。

D. 《托雷斯海峡条约》

47. 澳大利亚与巴布亚新几内亚之间的这项条约于 1985 年生效，该条约确认土著的近海捕捞权。条约设立了一个保护区，以维护传统居民的传统生活方式和生计，如捕捞和自由移动权。“传统”被自由地理解为包括现代社会对传统的变通，包括捕捞方法方面的变通。如名称所表明的那样，条约适用于托雷斯海峡岛民，但不适用于澳大利亚其他土著群体，即土著居民，后者中有些人生活在海岸线一带，并与近海海区有着传统联系。条约最近受到参议院外交、国防和贸易委员会的议会调查，但委员会尚未向议会提交报告。²⁶

四. 案例研究：萨米族人在挪威近海水域的捕捞权

A. 挪威的捕捞规定及其对海岸线一带的萨米族人的影响

48. 挪威拥有漫长的海岸线，海岸线上峡湾众多。近年来，捕捞仅次于石油和天然气产业，成为该国的主要行业。²⁷ 挪威土著人，即萨米族人，数百年来一直沿着该国北方的海岸线生活。²⁸ 人们通过文学对萨米族人最熟悉的是他们驯养驯鹿，驯养的家庭伴随着鹿群游牧，冬季在内陆过冬，夏季迁移到海岸地带。不过，捕捞一直是长期生活在海边的许多萨米族人的主要生计。他们基本上将捕捞与在内陆地区的一些耕作、狩猎和采集结合起来。萨米族人的捕捞基本上一直是、而且近年来仍然是在峡湾和近海岸水域的小规模活动，而不是近几十年来改变了捕捞业的、需要大量资本的大型捕捞船只。

²⁵ “北方领土诉阿纳姆地的土著土地信托案” [2008] HCA 29 意见不同 5:2 Gleeson CJ、Gummow、Hayne 和 Crennan JJ, Kirby J 赞成; Kiefal 和 Heydon JJ 持异议(2008 年 7 月 30 日)。根据 1976 年《土著土地权(北方领土)法》(Cth)，土著地区有关的土地委员会为北方土地委员会，这是有权准许进入捕捞的机构。

²⁶ 见 http://www.aph.gov.au/senate/committee/fadt_ctte/torresstrait/index.htm。

²⁷ 关于特别提到海上捕捞权的描述和分析，见挪威的正式报告(NOU) 2008:5。

²⁸ T. BID., 第 5 和第 6 章。

新的法规制度

49. 在 1980 年代末，有关海上捕捞的国家规定发生了重大变化，由于有必要减少总可捕量，对鳕鱼实行配额办法。²⁹ 该规定将配额与船只、而不是渔民挂钩。这些配额是以过去几年的渔获量为基础分配的，造成萨米族人所在地区的小船在很大程度上被排挤出新的配额制度之外。对萨米族人的这一不利的后果还因海豹入侵而加剧，进一步降低了在用于计算作为配额基础的历史渔获量的年份里在这些地区的峡湾和沿岸水域捕捞的可能性。在其后的年份，当局允许在出售点对渔船分配配额，而这已陆续形成市场，有配额的船舶价格可能大大高于船舶本身的市场价值。为没有配额的渔民规定了一组总可捕量。为没有配额的渔民设定了一个特定组别的总可捕量。不过，希望以完全通常配额为基础参与捕捞的渔民则必须购买一艘有配额的船只。对于新入行的人、包括从下一代招募的人员来说，他们必须能投入大量资本才能加入这一行业。

50. 对萨米族渔民来说，这一发展被认为是极不公平的。在通过一项基于劳工组织第 169 号公约、适用于芬马克的萨米族人核心地区(挪威最北部的郡)陆地的新的法规规定之后，2006 年任命产生了一个沿海捕捞委员会，负责就萨米族人在芬马克以北海域中从事捕捞的权利要求进行研究并提出建议。2008 年，委员会得出结论认为，鉴于以往的使用情况和关于土著居民和少数族裔的国际法规则，生活在芬马克峡湾和沿海一带的萨米族人拥有捕捞权。³⁰ 在这项结论的基础上，现在一直在法律和政治方面持续进行讨论。委员会的工作尚未提交议会审议，因此，挪威目前仍在进行有关讨论，可能会引起国际社会的兴趣。

沿海捕捞委员会的法律推论

51. 自 1980 年代初以来，《公民及政治权利国际公约》第二十七条对萨米族人权利的影响在法律和政治辩论中一直占据突出的地位。因此，人们应当研究这一不断演变的讨论的要点。萨米族人权利委员会在 1984 年的报告中全面分析了该条款是否包含能得到保护的萨米族人文化的实质性基础。³¹ 委员会在这一背景下还考虑了关于保护土著居民的法律材料。尽管关于土著居民的法律并未更广泛地涉及少数族裔，人们在对第二十七条作出解释时也应考虑到每个具体少数族裔的需求。当一个特定的少数族裔需要某种文化基础、而却被剥夺了这一基础时，实际上他们失去了享有其文化的可能性。这一后果意味着，每个少数族裔可能需要必要的真实基础，这一基础对于享有其特定文化至关重要。萨米族人同其他土著居民一样都是少数族裔，在某种程度上其文化基础植根于自然资源的传统使用。因

²⁹ T. BID., 第 3 章。

³⁰ 关于在芬马克以北的海洋中的捕捞权，见挪威的正式报告(NOU)2008: 5(主席 Carsten Smith)。

³¹ 关于萨米族人的法律立场，见挪威的正式报告(NOU)1984: 18(主席 Carsten Smith)。

此，委员会的结论在原则上对于保护实质性的文化基础是积极肯定的，但对于这一基础的范围来说却仍不确定。

52. 司法部在就萨米族人的代表机构、即萨米族人议会(Sameting)于1987年向议会提交一项法案时，遵守了对第二十七条的解释。³² 挪威议会司法委员会指出，挪威遵循国际法的发展，明确拟定了制定一项有关萨米族人的积极肯定的特别措施的意愿。此外，司法委员会极为重视司法部对第二十七条的解释，注重挪威的义务，以便以积极肯定的方式促进萨米族人享有其文化以及影响其实际和经济基础以促进其自身形式的文化的实质性能力。³³ 司法部长在议会辩论中指出，当今必须将一个民族享有其文化的权利视为一项基本人权，司法部长强调，必须将文化观念理解为同时包含推动文化实践的实质性基础。³⁴

53. 次年，即1988年，议会通过了一项有关保护萨米族人文化的宪法修正案，这一观点得到了进一步加强。司法委员会主席在议会中指出，这项宪法规定相当于第二十七条义务，他还提到对第二十七条的解释，即国家有义务提供积极支持，以便使萨米族人能具备享有其文化和语言的能力、包括实质性能力。³⁵

54. 最近，在政府提交议会的有关萨米族人政策的白皮书中，对第二十七条的这种解释得到了进一步加强。³⁶ 关于文化观念，该文件指出：

就作为土著居民的萨米族而言，共同的解释是，这一规定还包括全部文化实践的实质性条件，也就是萨米族人文化的自然基础。³⁷

此外，白皮书就各国有义务以积极肯定的方式促进萨米族人享有其文化的条件指出：“现在的共同解释是，这项规定为要求当局采取积极肯定的措施以遵守义务奠定了基础。”³⁸

55. 如上文所述，沿海捕捞委员会得出结论认为，按照以往的使用情况以及关于土著居民和少数人群体的国际法规则，居住在峡湾和芬马克沿岸的萨米族人拥有捕捞权。这项结论基于上述国际框架所提到的国际法文书。不过，也相当重视在建立萨米族人议会和通过对萨米族文化的宪法保护之前在1980年代的立法进程中对这一材料的国家评估。挪威政治当局所表明的观点，应当被视为在解释有关

³² Ot. prop(1986-87)，第33号，第37页。

³³ Innst.0. (1986-87)，第79号，第5页。

³⁴ O. tid. (1986-87)，第496页。

³⁵ St. tid(1987-88)，第3026页。

³⁶ Stortingsmelding No. 28(2007-2008)。

³⁷ 同上，第33页。

³⁸ 同上。

萨米族人作为公民和渔民的权利的国际文书方面的一项重要内容。另外还有对这一解释具有重要法律意义的两项规定：第一，《宪法》第 110a 段，内容是国家当局有义务赋予萨米族人确保和发展其文化的手段；第二，关于将《公民及政治权利国际公约》等公约纳入过挪威法律的法律规定，同时在这项《公约》与国内法律相冲突时优先考虑《公约》规则。

法令草案

56. 这一捕捞权现已一些地区有关可捕量和专属权的法令草案中。生活在芬马克海岸线一带和峡湾的居民有权享有一定的可捕量，这一数量可使家庭获得合理的收入，而且承认生活在该郡峡湾的居民享有在峡湾优先捕捞的权利。地区行政部门是草案规定的权力部门的一部分，有权决定在离海岸 4 海里的地区范围内的船舶大小和渔具的使用，行政部门受权优先考虑用小船和被动式渔具进行的捕捞，并特别考虑峡湾和近海渔业的利益。行政部门董事会各由萨米族人议会选出的三名代表和郡议会的三名代表组成。

57. 在最北部区沿海一带的萨米族居民与挪威非土著人口混杂生活在一起。因此，这些捕捞权被视为集体的、限于所在区的权利，而不是土著专有的权利。因此，芬马克的挪威非土著渔民也将从基于国际法的与萨米族人等土著居民有关的权利中获益。不过，这一解决办法得到了萨米族人议会的支持。

B. 挪威目前的法律和政治状况

58. 迄今为止，挪威在土著海上捕捞权问题上还没有具有重要意义的判例。当前以及未来的法律取决于对沿海捕捞委员会报告的推论和提议的审评。2008 年全年进行了广泛的意见听取，结果可归纳为：大的行业组织反对法律改革提议，而地方渔民、萨米族人议会、萨米族人组织和许多市则对提议全部或部分持肯定态度。

59. 意见听取期结束后，检察长发表了一份文件，对委员会报告中的国际法分析和法律提议均持否定态度。³⁹ 沿海捕捞委员会领导人作了正式回复，因为他主要负责报告中的国际法一节。⁴⁰ 讨论的主要内容是萨米族人是否有权享有文化的实质性基础以及是否有权享有必要的特殊措施。委员会领导人认为，检察长的干预在推论上存在疏失，因为它除其他外没有提到政府在最近的白皮书中的说明。⁴¹

60. 关于文化的实质性基础，检察长认为，在是否包括土著居民的海上捕捞权问题上至少是“不明确的”。答案是，就文化的实质性基础而言，没有什么比生活

³⁹ 2009 年 3 月 9 日致渔业和沿海部的信。

⁴⁰ 2009 年 3 月 24 日致渔业和沿海部的信。

⁴¹ 见上文第 55 段。

在北部海岸线一带的萨米族人的捕捞权更清楚的了。在海洋中捕捞是萨米族人在当地定居的前提条件，也是部分萨米族人文化在当地发展的前提条件。

61. 不过，检察长有可能引起最强烈反应的观点是，第二十七条是否为积极的特别措施奠定了基础“值得怀疑”。这是针对萨米族人权利的更为一般性的令人吃惊的否定性言论。这不仅有违政府认作是共同的解释，而且有违已经过去的那个时期的全部宗旨和目的，在那个时期，有关萨米族人的权利和政策以消除不利的歧视为中心。萨米族人的权利和政策现在事关确认特殊安排，以促进该国真正的平等。

62. 2009年10月，渔业部长第一次公开发表了对委员会报告的正式回应。渔业部长将向挪威议会提议给予一些捕捞权，但这些捕捞权少于草案中的权利，而且他将不会承认国际法依据，也不接受在峡湾中捕捞的特惠权利，也没有同萨米族人议会选举的董事会成员一道设立具有特别权力的地方行政部门。根据关于政府与萨米族人议会之间协商的既定规则，政府的立场现在将成为进行此类协商的基础。萨米族人议会或许将极力争取更接近法令原草案的结果，尤其争取承认国际法依据。

C. 北欧萨米族人公约(Nordisk Samekonvensjon)

63. 2005年提出了一项由芬兰—挪威—瑞典萨米族人联合专家组编制的北欧萨米族人公约草案。⁴² 其后不久，这三个国家的萨米族人议会通过草案，目前这三国政府正在审议这一草案。

64. 公约的目的是为萨米族人作为一个独特民族拟定法律依据，而不管萨米族人个人居住在这三个国家中的哪一个国家或者是哪一国的公民。公约将制定一部泛萨米族人法律，并且是有关萨米族人基本权利和萨米族人治理、萨米族人语言文化、萨米族人的土地和水权、以及萨米族人生计的基础性文件。关于对内陆水区以及水区使用的权利规定将相应地适用于萨米族人的捕捞以及对峡湾和沿岸地区的其他使用。在就公约的具体执行进行谈判时，将肯定会把更为详细的规则与关于土著居民海上捕捞权的挪威法令结果统一起来。

五. 结论意见

65. 澳大利亚渔业管理、文化遗产保护安排以及土地权法律，规定土著居民的沿海捕捞权利须受三级政府复杂的多层管辖，还必须尊重公共、私人 and 行业利益。同土著产权进程一样，由于要同许多利益攸关者进行必要的谈判，确定土著居民在这些制度下的海洋权过程可能是复杂的、漫长的。不过，与土著产权不同的是，

⁴² Nordisk samekonvensjon, utkast fra ekspertgruppe, 2005年10月26日。北欧萨米族人公约，专家小组的草案(主席 Carsten Smith)。

这些制度能将一些具体的土著利益承认为在近海水域捕捞的专属权利，只须受国际无害通过权利的限制。这些近海权利强于迄今在土著产权下获得的权利，后者即使像高级法院目前解释的那样得到最充分的承认，也要受更多的普通法公共权利的限制。经诉讼的土著产权的确定是最近的法律体，具有额外风险，那就是在诉讼当事人或事实以外适用范围有限，而其他法定制度(如土地权)是既定的，可以说有更多的确定性。不过需要指出的是，它们虽然偶尔会产生比土著产权诉讼更强的专属权利，但却不同于土著产权，在某种意义上更加脆弱，因为它们来自议会准予的权利，而不是因英国主权的继续存在而具有的、普通法必须承认的土著应享的具体权利。

66. 沿海一带萨米族人的海上捕捞权是萨米族人面临的一个重大的法律和政治问题。这些权利的历史和国际法基础现已得到记录，而且政府任命的委员会也提出了积极肯定的结论，但这项结论受到检察长的批评。现在挪威政府与萨米族人议会之间应进行协商。对于沿海一带的萨米族人来说，捕捞是他们在当地社区继续定居的必要条件，使北方许多家庭的灯火在黑夜得以点燃。这些社区对于确保萨米族人的文化至关重要，而这一文化目前正处于极为关键的时候。因此，这一文化的未来取决于对其捕捞权的承认，而捕捞权现在已成为全国法律和政治辩论中的议题。常设论坛就此表明观点可能会在这方面产生影响。